

第4回講義の補足説明

2017/09/02

今回の補足説明は、あまり議論のない問題について、さらに深く突っ込んで考えてみるものが多く、内容が高度です。これをすべて理解できないといけないわけではありません。

1 弁済者代位に関するア・ラ・カルト

(1) 「代位」と権利移転

弁済者代位では、消滅したはずの原債権や担保権が、求償権確保のために弁済者に移転すると解されています。移転構成では、原債権者の代わりに行使するのではなく、弁済者自身が自らの権利として行使します。すなわち、弁済者代位は、債権者代位権の「代位」のように「代わりに権利を行使する」という人的代位の意味ではなく、物上代位の「代位」のように「元のものに代わる」とか「ある人の法律上の地位に他の人が代わってつく」と広い意味で使われています（各種の法律用語辞典等を参照）。

(2) 実際には付記登記が必要な法定代位

法定代位では、原債権や担保権は自動的に移転するので対抗要件が不要であるとされています。もっとも、抵当権を実行するためには、民事執行法181条1項各号の法定文書（とりわけ、通常は3号の登記事項証明書）が必要で、担保物権の特定承継につき登記されていない場合は、「その承継を証する裁判の謄本その他の公文書」（同条3項）が必要になります（中野貞一郎＝下村正明『民事執行法〔7版〕』（青林書院、2016年）341頁は抵当権付債権譲渡契約公正証書を例に挙げます）。また、抵当権者への配当に関して、同書544頁は「実務……は、担保権移転の付記登記を経ない特定承継人への配当を認めない。」としています（同割注で引用されている山本克己「抵当権の特定承継人の執行手続上の地位」竹下古稀『権利実現過程の基本構造』（有斐閣、2002年）307頁以下が詳しい）。このように、法定代位によって抵当権を取得しても、付記登記をしないと執行の場面で優先権を主張することができません。実体法上の優先順位と異なる配当がされそうな場合には、配当異議訴訟で配当表を直すように争うか、事後に、不当利得返還請求を行うこととなります（最判平3年3月22日民集45巻3号322頁。配当異議訴訟を起こさなくても失権しません。民事訴訟法学者には反対もありますが、松岡久和「過誤配当と不当利得」『谷口知平先生追悼論文集2』（信山社、1993年）521頁以下は不当利得の類型論の立場から妥当な結論だと評価しています）。

(3) 複数の代位者と抵当権の実行

一部代位の場合に、代位した者が原債権者とは独立して担保権を実行できるとした大決昭6・4・7民集10巻535頁には批判があります。そこで、民法改正案502条1項は、大審院の立場には従わず、代位者は債権者の同意を得なければ担保権を実行することができないものとしています（後述12も参照）。

複数の代位権者の関係は、502条の適用範囲外で、明確な規定がなく不明です。一部弁済をした者が代位の付記登記をするときには、弁済した債権額も登記しますので（不登84条）、複数の一部弁済者の付記登記は併存します。そのうえで、どちらも単独で抵当権の実行ができると考えることも、両者が揃わないと実行できないとすることも、論理的には成り立ちます。後者は、抵当権の処分なので準共有者全員の意見の一致が必要だという考

え方ですが、原抵当権者が残っている場合には、原抵当権者の抵当権行使を束縛しすぎて妥当ではありません。逆に、原抵当権者と債務者が結託して代位者の利益を害することもありえます。それゆえ、いずれも単独で抵当権の実行を申し立てうるが、原抵当権者が残っている場合は、共同での権利行使を要すると502条を読み、原抵当権者の意思を優先する、と考えるのが穏当でしょう。代位者が代位の付記登記によって権利者であることは明白であり、配当要求を行わなくても当然に配当を受けることができますので、原抵当権者の意思を優先しても、不利益はほとんどないと思われるからです。

2 求償権の根拠規定

(1) B S間には保証委託契約がありますから、それによって459条2項が準用する442条2項とは異なる内容の求償権が発生します。そこで、むしろ根拠規定は650条1項（場合によっては3項も）ではないかとも思われます。たしかに、委託を受けた保証人の求償権は、委任契約における受任者の費用償還等の請求権としての性質を帯びます。しかし、459条1項は一般規定である650条を保証委託の場合にとくに拡張しつつ根拠づけている特別規定であると解されますので、これを根拠とする方が適切でしょう。また、459条2項は、合意がない場合の標準を定める任意規定と考えられますから、当事者間の特約でこれと異なる合意をすれば、その合意が優先するとするのが自然です。請求権の根拠は、その意味で合意自体といえれば足りませんが、強いて根拠条文を求めるなら459条でしょう。

(2) 次に、甲不動産上の抵当権の実行により所有権を失った第三取得者Dの求償権の根拠規定は、明確ではありません。①第三取得者が他人の債務についての物上保証人的な地位に立つと考えると、物上保証人の求償権を規定する351条・372条を（類推）適用することが考えられます。他に、②債務者が抵当不動産の売主である場合には567条の担保責任を適用することも考えられます。さらに、③明文の特別規定がないとして、一般の求償型不当利得を根拠とするものとみて、703条を根拠条文とすることもありえましょう。

(3) 最後に、共同保証人間には465条に求償権の規定が置かれているのに対して、物上保証人や第三取得者を相手にする場合には、求償権の規定が置かれていません。あくまで松岡の推測ですが、その理由は、これらの者は責任のみを負い債務を負わないと考えられることから求償の場面に至って唐突に求償債務を負うと構成することは不自然だと考えられたためではないかと思われます。そのため、たとえば、501条各号の代位は、通説の理解では、債務者Sに対する求償権を確保するために認められるのであって、関係者間に当然に求償権が発生させるものではないと理解されています。代位によって保護される求償権はあくまで債務者に対する求償権であって、物上保証人や第三取得者は代位行使される抵当権という責任を負うのみで求償債務を負わないのです。

3 原抵当権が担保する原債権の範囲

問1 (b)の場合、Bが代位行使するG₁の抵当権は、後順位抵当権者G₂が存在するため、375条によって利息や遅延損害金が通算でも最後の2年分に制約されます。しかし、この場合、そもそもBが原債権を弁済して債務が消滅すれば、以後は遅延損害金は生じませんから375条を適用するまでもないとも考えられます。しかし、弁済による代位自体が、いったん弁

済で消滅したはずの原債権や原担保権を求償権の保護のために存続していると扱う法的擬制に基づいています。そして、S自身が債務を弁済していないのに、Bの弁済によってSの責任がその弁済時点で制限されてしまうのは、代位制度の目的には沿わず、原債権もSが（代位したBに）弁済するまでは履行遅滞となって遅延損害金を発生し続けると考えるのが、より適切のように思います。最判昭61・2・20民集40巻1号43頁の原審判決である東京高判昭58・4・28判時1077号66頁はそのような判断をしており、その点について上告されていないためではありますが、最高裁もその判断を問題としていません。最高裁判決の調査官解説（塚原朋一『最判解説民事篇（昭和61年度）25頁）でも、債務者が支払うまで遅延損害金が発生し続けることが当然のように前提とされています。

なお、物上保証人や第三取得者には375条は適用されないというのが、判例（大判大4・9・15民録21輯1469頁）や通説（最近では、近江幸治『民法講義Ⅲ〔第2版〕』155頁、高橋眞『担保物権法〔第2版〕』133頁など）です。第三取得者は、被担保債権全額についての責任を負担するものとして抵当不動産を取得したのであり、設定者の地位を承継するため、375条の制限の恩恵を受けない、という理由です。しかし、抵当不動産の流通を保障するためには不動産の残余価値が把握できなければならないことは、後順位抵当権者を保護するのと同じ理由です。所有権の一部権能を引き継ぐ担保権者が保護されるのに、所有権の第三取得者は保護されないというのでは均衡がとれません（石田穰『担保物権法』295頁）。弁済期が登記事項でなく、弁済期後に2年以上経過しているのかどうか第三取得者にはわかりにくいことも考慮すべきです。さらに、通説では、抵当不動産に譲渡担保の設定を受けた者がいる場合、第三取得者に準じるのか後順位担保権者扱いするのかで375条の適用の有無が異なってしまいます。それゆえ、第三取得者は375条による責任制限を主張できると解します（松岡『担保物権法』42頁。理由は異なるが、結果同旨、鈴木祿弥『物権法講義〔5訂版〕』236頁、石田・前掲書296頁。道垣内³159-160頁、⁴164頁も同旨だが物上保証人について反対）。

4 501条1号の第三取得者と付記登記

判例（最判昭41・11・18民集20巻9号1861頁）・通説の見解では、第三取得者の所有権取得登記と弁済した保証人の代位の付記登記の先後で、代位の可否が決まり、あたかも対抗問題と同じような処理をすることになります。基準時は登記時ではなく権利取得時だと解する余地もありますが、不動産に関する権利の取得は登記をしなければ第三者に対抗できないという177条の一般的なルールがありますから、そのように解するのが整合的と感じられましょう（中田367-368頁「◆付記登記の意義」の説明が典型的）。

しかし、判例・通説の解釈は、本来は弁済前の代位登記を求めていたはずの1号の立法趣旨とは遠く離れており、条文を無視できないための苦肉の制限解釈だと考えられます。そもそも、弁済後も不動産担保物権の設定登記が抹消されていなければ、付記登記がなくても、第三取得者は代位を覚悟すべきです。仮に担保権の消滅を信じていたとしても、その信頼には保護に値する基礎が欠けます（石田喜久夫・担保法の判例Ⅱ185事件がすでに判例・通説に疑問を呈していました）。さらに、第三取得者は、抵当権の負担の付いた財産をそのまま承継するのが原則であって、担保権者（および代位者）とは本来の意味での対抗の関係には立ちません。抵当権付きの債権が譲渡された場合に、付記登記が担保権取得の第三者対

抗要件とされていないこととも均衡を失っています。このように、現行501条1号の付記登記を要するとの規律は、合理性が強く疑われますので、松岡は立法論として、法制審でも廃止を主張しました（その他の規律も含め、松岡久和「弁済の立法論的考察」太田知行＝荒川重勝＝生熊長幸編『民事法学への挑戦と新たな構築 鈴木禄弥先生追悼論集』（創文社、2008年）371頁以下、上記現行501条については、400頁以下を参照）。それが支持されて、民法改正案501条3項では、代位の要件とされた現行501条1号・6号の付記登記は削除されています。

5 通説と反対説の違い（問(2)に関して。中心的に扱った問題です）

(1) 通説的見解（我妻栄『民法講義Ⅲ 新訂担保物権法』（1968年）462頁、道垣内³209頁、⁴214頁）

(a) G₃がDより先に登場した場合（抵当権設定登記が所有権移転登記より先）

392条が適用され、DとG₃は、甲・乙両不動産の価格に割り付けられた200万円と400万円の限度でそれぞれ代位できるとされます。すなわち、甲が先に競売された場合、後の乙の競売において、DはG₂に200万円の限度で代位し、G₂とDが配当を受けた残額の400万円の価値はG₃が配当を受けます。乙が先に競売された場合、後の甲の競売において、G₃がG₂に400万円の限度で代位し、G₂とG₃が配当を受けた残額の200万円の価値はDが交付を受けます。

これに対して、講義では紹介を省略しましたが、高木多喜男『担保物権法〔第4版〕』（2005年）251頁は、「第三取得者と後順位抵当権者の登場時期（対抗要件具備時）の先後で、先に登場した方は代位が可能だが、後に登場した方からの代位は認められない。」としています（392条と501条3号がいずれも直接には適用されないので優劣を177条で決めるという発想でしょう）。この見解では、600万円の価値はもっぱらG₃が優先して取得します。すなわち、甲が先に競売された場合、後の乙の競売において、DはG₂には代位せず、G₂が配当を受けた残額の600万円の価値はG₃が配当を受けます。乙が先に競売された場合、後の甲の競売において、G₃がG₂に代位して、Dに優先して600万円の配当を受けます（この点、参考文献Aでは高木説が通説であるような書き方をしており修正の必要があります）。

(b) Dのみが登場していた場合

甲が先に競売された場合、後の乙の競売において、DはG₂に代位し、600万円の配当を受けます。392条の適用はありません。債務者所有の不動産乙が先に負担を割り付けられるので、甲不動産の負担割付分は1400万円にすぎず、所有権を失ったDは、残余価値として期待できた600万円につき代位する利益を有します。

(c) DがG₃より先に登場した場合（所有権移転登記が抵当権設定登記より先）

通説でも高木説でも、Dには(b)のような代位の利益があり、G₃が後に登場したことでその利益は害されるべきでないという発想をとるものと思われます。それゆえやはり392条は適用されず、600万円の価値はもっぱらDが優先して取得します。

(2) 通説に対する問題提起として提示した松岡説

(a) DとG₃が登場した時期の先後（抵当権設定登記と所有権移転登記の先後）にかかわらず、G₂の抵当権の負担は甲・乙に割り付けられ、その残余価値について、Dは200万円、G₃は400万円を取得することができます。それが代位の利益の内容です。すなわち、甲が先に競売された場合、後の乙の競売において、DはG₂に代位します。この場合、乙に割り付けら

れた3600万円がG₂の把握している分ですから、G₂が残債権額3400万円の配当を受けた残りの200万円がDの代位できる限度であり、G₃は、G₂とDが配当を受けた残額の400万円の配当を受けます。逆に、乙が先に競売された場合、後の甲の競売において、G₃がG₂に代位します。この場合、甲に割り付けられた1800万円がG₂の把握している分ですから、G₂が残債権1400万円(=5400万円-乙の売得金4000万円)の配当を受けた残りの400万円がG₃の代位できる限度であり、Dは、G₂とG₃が配当を受けた残額の200万円の配当を受けます。

(b) G₃が登場していなくても、Dの地位は変わらず、甲が先に競売された場合、後の乙の競売において、DはG₂に代位し、200万円の配当を受け、Sが残額400万円の交付を受けます。400万円がSに交付されてDに配当されないことは、一見、奇妙な感があるかもしれませんが、しかし、Dは、本来、乙上には何らの権利を有しておらず、甲の残余価値として期待できたのはG₂に代位する200万円の限度にすぎない以上、やむをえないと思います。債務名義を得て、乙の競売に際して配当要求をすれば400万円の配当を受けられる可能性があります、それは一般債権者としての権利行使であり、優先は保証されていないのです。

(3) 根拠条文

通説的見解は、G₃がDより先に登場した場合に392条を根拠にしています。392条2項後段は、G₃がG₂に代位してD所有の甲不動産上の抵当権を行使する場合に当然に適用されます。

松岡説の弱点は根拠条文です。G₃がG₂に代位してD所有の甲不動産上の抵当権を行使する場合には、上記と同様392条が根拠条文になります。これに対して、DがG₂に代位してS所有の乙不動産上の抵当権を行使する場合には、392条は妥当しません(代位の根拠は500条です)。また、「第三取得者の一人は、各不動産の価格に応じて、他の第三取得者に対して債権者に代位する。」という501条3号もG₃が第三取得者ではないので、直接的には妥当しません。松岡説では、この場合は法規定が欠けていると見て、392条2項、501条3号・4号から、負担割付の法理が民法の採用する原理であると理解し、それを適用しますので、解釈論的にはこれらの条文の類推適用(あるいはこれらの条文からうかがえる負担割付の法理)という形式になりましょう。

6 債務者所有の不動産と物上保証人所有の不動産が同時配当される場合

自主ゼミでは、この場合に判例・通説が392条1項を適用せず、「債務者所有の不動産から先に負担を割り付ける」と理解していることを前提としました。しかし、このような同時配当の場合について明確な最上級審の判例はないとして、392条1項を適用する裁判例およびこれを支持する見解があります(東京地判平25・6・6金法1980号145頁とその解説を参照)。理由はやや形式的で、392条の文言は適用場面を限定していないこと、同時配当では物上保証人が代位行使すべき債務者所有不動産上の抵当権が存在せず保護すべき代位の期待がないことです。

しかし、上記の裁判例の事例は債務者と物上保証人の地位が兼併されている特殊な事例であるうえ、最高裁の判例(最判昭44・7・3民集23巻8号1297頁や最判昭61・4・18裁民147号575頁など)は、物上保証人および物上保証人の設定した後順位担保権の担保権者の価値支配の

利益を強く保護しており、392条の負担割付の規律は適用されるべきではありません（高橋眞「判批」金法2001号33頁は同旨）。

7 判例の頭数1人説への批判の例

自主ゼミでは深くは言及しなかった部分の補足です。

Sの5100万円の債務につき、自己所有の10億円の土地に抵当権を設定した物上保証人B₁と、同じく自己所有の2000万円の建物につき抵当権を設定した物上保証人B₂がいた場合、各人の負担部分は、B₁が5000万円、B₂が100万円となります（501条4号）。この場合に、B₁が新たに連帯保証人になるとB₁の負担部分は2550万円ずつに激減します（しかも、B₂の所有する建物からは2000万円以上は回収できません）。債務者Sの資力が怪しくなったときに債権者Gが追加担保を求める行動は怪しいとは言えませんので、B₁がこれを利用して保証債務を追加的に負うと、自己の負担部分が激減して、何も与り知らないB₂の負担部分がその分だけ激増してしまいます。この結論は、とうてい合理的とは言えません。

これに対して、2人説では、物上保証人と保証人がいると考えて501条5号を適用し、保証人としてのB₁の負担を1/3の1700万円とします。次に、残額3400万円を物上保証人としてのB₁とB₂の間で担保不動産の価格に応じて分け、B₁が3333万3333円、B₂が66万6667円となります。B₂の負担は保証債務の追加によって軽くなりますが、それは不合理ではありません。それどころか、2人説は、501条5号の負担配分原則をそのまま適用することになるので、民法に内在する考え方と整合します。

最判昭61・11・27民集40巻7号1205頁は、「二重の資格をもつ者は代位者の頭数のうえでは二人である、として代位の割合を決定すべきであるとするのが代位者の通常の意味ないし期待でないことは、取引の通念に照らして明らか」としますが、根拠のない通念です。負担を重ねて負う者が重い負担とリスクを負うのは当然であり、追加的な負担をすると責任が軽減される結果となる頭数1人説の方が当事者の意思に反します。また、「仮に二重の資格をもつ者を頭数のうえであくまで一人と扱い、かつ、その者の担保物の価格を精確に反映させて代位の割合を決定すべきであるとするのが代位者の通常の意味ないし期待であるとしても、右の二つの要請を同時に満足させる簡明にしてかつ実効性ある基準を見出すこともできない」としますが、これは責任競合説（塚原朋一『最判解説民事篇（昭和61年度）』456頁以下）に対する批判です。むしろ、2人説に立って505条5号によることこそ「簡明にしてかつ実効性ある基準」だと思います。

松岡は、この問題について、松岡久和「保証人と物上保証人の地位を兼ねる者の責任」田原睦夫古稀記念『現代民事法の実務と理論（上巻）』（金融財政事情研究会、2013年）326頁以下（⇒pdfファイルへのリンク）で詳しく論じるとともに、根抵当や根保証の場合をも考慮した501条の負担配分の根本的な見直しの立法提言を行っていますので、関心がある方は読んでみてください。民法改正では、実務的ニーズに乏しいとか（そんなはずはないはずですが）、二重資格者の負担が現行判例より重くなることに違和感がある（現行判例がおかしいだけなのですが）との意見があり、501条の根本改正にはなりませんでしたが、頭数一人説判例（昭和61年判決と次述の平成9年判決）に従った二重資格者に関する規定を設けず、二重資格者の負担の問題は引き続き解釈に委ねられています。

8 平成9年判決の内容とそれへの批判

これは自主ゼミではまったく省略した問題です。

最判平9・12・18判時1629号50頁の事案は、単独所有であった物件に担保権が設定された後、これが弁済までの間に共同相続により共有となった場合の扱いが問題になったものです。同判決は、共同相続人の頭数で割って負担額を決めています。「確かに、相続という偶然の事情により頭数が変化することは当事者の意思ないし期待に反する場合がないではないが、このように頭数が変化する事態は、保証人の増加、担保物件の滅失等によっても起こり得ることであり、弁済時における人数と解することにより法律関係の簡明を期するのが相当である」としています。

しかし、この理由付けは、①共同相続人が全員で被相続人の地位を引き継ぐとする一般的な理解と矛盾し（相続によって頭数が増えることで、共同相続人各人が負う負担限度を総計したものが、被相続人が負っていた負担限度より大きくなるからです）、②担保物件の滅失という客観的な総担保力の減少の問題と、それに変化がない場合の関係当事者間の公平な危険配分の問題とを混乱していて、合理性に欠け十分な説得力がありません。

例えば、Sの1億1000万円の債務につき、自己所有の1億円の土地甲に抵当権を設定した物上保証人Aと、保証債務を負うBがいた場合、各人の負担部分は、5500万円ずつです（501条5号）。ところが、この場合に、Aが死亡してA₁～A₁₀が相続人となって甲が共有となった場合、平成9年判例によれば、各人の負担は1000万円ずつとなります。Aの負担部分の5500万円が、相続によってA₁～A₁₀らの負担の合計1億円の責任に膨れあがる反面、Bの負担部分は4500万円減って1000万円になってしまうのです。平成9年判決の反対意見が指摘するとおり、頭数の増減を単純に考慮することは理論的に説明困難で到底支持できません。

9 EがA・Cに対して連帯保証債権を代位行使できる額

土地丙の上の抵当権が実行されて所有権を失い3000万円を弁済したに等しいEは、G₂に代位します。A・C・E間は、501条5号によって1/3の負担割合の代位となり、Eは、負担部分1133万円を超える合計1867万円について代位ができます（1万円以下四捨五入）。

それでは、G₂に代位してAやCに対する連帯保証債権を行使する場合、Eは、具体的にいくら額について権利を行使できるのでしょうか。3とおりの考え方がありえます（いずれの場合にも、G₂には残債権400万円が残っているので、代位するEはG₂には劣後します。後述の11を参照）。①EはAやCに対するG₂の連帯保証債権を代位行使するのだから、A・Cの各人に対して代位限度の1867万円の支払を求めることができるとする考え方、②501条5号は代位行使できる範囲のみならず代位行使される側の責任限度も定めているとして、A・Cは連帯して代位者Eに対する債務を負うものの、各1133万円を限度とするという考え方、③代位できるのは1867万円（＝3000万円－1133万円）をA・Cに平等に負担配分して934万円にすぎないとする考え方です。

①は、たとえばCがEに1867万円全額を支払った場合、CはSに対する求償のみならず、（Sが無資力の場合）Aに対するG₂の権利を代位行使できると考えないと公平ではありません。しかし、①でそれを根拠付けようとする、G₂に代位するEをさらに代位するとい

う複雑な構成を必要としますし、求償関係が②③に比べて多くなり錯綜しますので、②③の考え方が簡明で良いと思われます（ただし「連帯」の意味はほとんどありません）。求償の範囲でしか代位権の行使はできないという論理からは③が徹底しているように思われます。

10 CとD・G₃との優劣関係

(1) CとDとの関係

残債務全額の3400万円を弁済したCが、乙上のG₂の抵当権を代位行使する場合に、CとD・G₃との関係はどうなるでしょうか。

道垣内説のようにDを物上保証人的なものと位置づければ、Cと同等になるのではないかとの疑いが生じます。しかし、債務者からの第三取得者は債務者の地位を引き継ぐ者であり、(連帯)保証人と同等にはなりません(501条2号参照。同号は物上保証人からの第三取得者には適用されません。民法改正案501条3項1号の括弧書きは、この点を明確にしています)。また、G₃は負担を先に割り付けられた債務者の不動産の後順位担保権者であり、保証人や物上保証人が先順位の抵当権を代位行使することを甘受せざるを得ない地位にあります。

(2) CとG₃との関係

CがAに対するG₂の連帯保証債権や丙上の抵当権を代位行使した後に乙上のG₂の抵当権を代位行使する場合も、基本的な考え方は変わりません。Cに代位されて1133万円余を負担したAやEが、Cと共同で乙上のG₂の抵当権を代位行使し、各自1133万円余を回収することになります。G₃はG₂に劣後するため、G₂に代位したA・C・Eにも劣後します。

11 Eによる乙上の抵当権実行の可否

丙上の抵当権を実行され所有権を失ったEは、G₂に代位して乙上の抵当権を行使できます。もっとも、まだG₂にも400万円の被担保債権が残っています。このような一部代位の場合に、EとG₂がどのような関係に立つかについては、判例(最判昭60・5・23民集39巻4号940頁)・通説は、原抵当権者G₂がEに優先するとしています。

最近では、一部代位者の保護に配慮して、按分主義や前掲(1(3))大決昭6・4・7(一部代位者の抵当権実行の申立てを肯定)を再評価する見解(潮見382頁)も存在します。この見解によれば、Eは単独で抵当権を実行でき、競売代金はG₂とEに按分されます(本件では乙の競売代金4000万円が両者の債権額の合計を超えるので、按分してもG₂の権利を害しません)。これに対して、上記の昭和60年の最高裁判決は、競売申立てについては明言していないものの、原抵当権者を配当において優先させる考え方を採用していますので、この考え方は担保権実行時期の選択についても妥当し、Eが単独で抵当権の実行を申し立てることはできないことになりましょう。

ちなみに、抵当権によって担保される複数の債権のうちの一部についての保証人が、みずからの負担する保証債務全部を弁済した場合は、一部弁済ではなく、全部弁済です。この保証人は、代位によって原抵当権を原債権者と準共有し、原抵当権の実行による換価金から、原債権者と債権額で按分して配当を受けます(最判平17・1・27民集59巻1号200頁。王冷然・法学70巻2号(2006年)189頁の詳細な分析も参照)。